

New Private Law: een 'nieuw' geluid over de grondslagen van het privaatrecht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2015). New Private Law: een 'nieuw' geluid over de grondslagen van het privaatrecht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, (7080), 903-904.

Document status and date:

Published: 01/01/2015

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

New Private Law: een ‘nieuw’ geluid over de grondslagen van het privaatrecht

Het is geen geheim dat de traditionele civilistiek het al langere tijd moeilijk heeft. Het dogmatische handwerk, bestaande uit systematisering van het positieve recht vanuit een intern perspectief, wordt door velen in binnen- en buitenland beschouwd als te positivistisch en als te weinig creatief. Het zou niet langer behoren tot de kern van waar de rechtswetenschap zich mee bezig zou moeten houden.¹ Naast de klassieke beoefening van het privaatrecht bestaat dan ook inmiddels een hele reeks van andere benaderingen die, in elk geval in universitaire kringen, vaak meer worden gewaardeerd. Het gaat daarbij vooral om ‘Law and...’-benaderingen, zoals economische, psychologische, literaire en empirische analyse van het recht. Die kunnen allemaal hoogst relevant zijn voor de rechtspraktijk, maar dat wordt vaak niet zo ervaren buiten de universiteit. In deze ontwikkeling is Europa² voorafgegaan door de Verenigde Staten. Daar bestaat in de rechtspraktijk al lang veel onvrede over de ivoren toren waarin academici zichzelf hebben geplaagd. De voorzitter van het Amerikaanse Hooggerechtshof John Roberts verwoordde dat onlangs zo:

‘Pick up a copy of any law review that you see, and the first article is likely to be, you know, the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in 18th century Bulgaria.’³

Zo extreem is het in Nederland bij lange na niet, maar moeilijk valt te ontkennen dat de band tussen wetenschap en praktijk in de afgelopen twintig jaar minder sterk is geworden. Een belangrijke reden daarvoor is mijns inziens dat ten onzent onvoldoende wordt nagedacht over de grondslagen van het privaatrecht en de precieze rol van de doctrinaire benadering. Het doel en de methode van die benadering moeten opnieuw worden bevochten op de genoemde andere perspectieven die methodologisch inmiddels veel sterker zijn ontwikkeld.

De recente ontwikkeling waar ik hier aandacht voor wil vragen is dat – misschien verrassend – deze grondslagendiscussie over de aard van doctrinair onderzoek naar het privaatrecht in de Verenigde Staten inmiddels wél wordt gevoerd. In Amerika ligt het privaatrecht als zelfstandige discipline al heel lang onder vuur. Gemeengoed is daar inmiddels dat alle recht uiteindelijk publiekrecht is, namelijk een instrument in dienst van een politiek doel. Dit was niet alleen het credo van de *Critical Legal Studies* van de jaren zeventig,⁴ maar een gedachte die al is terug te vinden in het werk van Oliver Wendell

Holmes en in het latere rechtsrealisme. Bovendien is, anders dan in continentaal Europa, in de *common law* nooit uitgegaan van één rechtsgebied privaatrecht, maar alleen van afzonderlijke terreinen als contracten-, aansprakelijkheids- en goederenrecht.⁵ Maar inmiddels is een beweging op gang gekomen die zich hiertegen keert en die zichzelf afficheert onder de ambitieuze benaming ‘New Private Law’. Opvallend genoeg zijn de grondleggers werkzaam aan de universiteit van Harvard, toch vooral bekend om de rechtskritische benadering die daar wordt gepraktiseerd onder leiding van onder meer Duncan Kennedy. De beweging, geïnitieerd door John Goldberg en Henry Smith, publiceerde inmiddels een speciale aflevering van de *Harvard Law Review*⁶ en onderhoudt een eigen weblog.⁷ De eerste kritiek is er inmiddels ook;⁸ in Duitsland werd de benadering al uitgebreid besproken.⁹

Wat is nu het credo van *New Private Law*? Goldberg schetst enkele kenmerken.¹⁰ Naast een geloof in het belang van juridische begrippen (‘conceptualism’) en scepsis over de mogelijkheid om privaatrecht tot slechts enkele beginselen te herleiden (tegenover de rechtseconomie en de *Crits* stelt hij dat vele onder-

1. Zie voor een overzicht van de critici, met veel verwijzingen, J.B.M. Vranken, Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap, WPNR 2010/6840, p. 318-329. Zelf sprak ik van een ‘identiteitscrisis’: J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, tweede druk, Den Haag 2015, p. 15.
2. Grote verschillen bestaan tussen de diverse Europese landen. Zo is deze ontwikkeling in Engeland veel beter zichtbaar dan in Zuid-Europa. In Duitsland pleitte de Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012 onlangs voor meer interdisciplinariteit.
3. Richard Brust, The High Bench vs. the Ivory Tower, *ABA Journal* 1 februari 2012.
4. Zie voor verwijzingen, en over de invloed van CLS in Nederland, J.M. Smits, De rechtskritische benadering: een herwaardering, in: *Kritiek op recht* (Van Maanen-bundel), Deventer 2014, p. 401-412.
5. In de rechtsliteratuur zijn wel pogingen ondernomen om die terreinen in samenhang te beschouwen: zie bijv. Alan Brudner, *The Unity of the Common Law*, 2nd ed., Oxford 2013.
6. *Harvard LR* 125 (2012), No. 7, p. 1640-1797 met bijdragen van John C.P. Goldberg, Shyamkrishna Balganesh, Henry E. Smith, Stephen A. Smith en Benjamin C. Zipursky.
7. < <http://blogs.law.harvard.edu/nplblog> >.
8. Brudner, o.c., p. 351 v.
9. Eike Götz Hosemann, ‘The New Private Law’: Die Neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 78 (2014), p. 37-70.
10. John C.P. Goldberg, Introduction: Pragmatism and Private Law, *Harvard LR* 125 (2012), p. 1640-1663, op p. 1651 v. Ik noem de (m.i.) belangrijkste. Zie ook Hosemann, o.c., p. 52 v.

scheidingen nodig zijn om de subtiliteit van het recht te kunnen weergeven: 'complex coherence'), ligt de nadruk op dogmatiek ('doctrinalism'). Die is noodzakelijk om een rechtsgebied te kunnen beschrijven en begrijpen en om de link tussen wetenschap en praktijk te herstellen.¹¹ Het is misschien veelzeggend voor de Amerikaanse situatie dat geen dezer kenmerken de Nederlandse jurist onmiddellijk doen opveren: wat Goldberg hier voorstelt, wijkt af van de heersende Amerikaanse opvatting maar niet van die bij ons.

Een volgend kenmerk dat Goldberg noemt is interessanter: het normatieve karakter van het privaatrecht ('law's normativity'). Zowel in de VS als in Europa is er een duidelijke tendens om (privaat)-recht vooral te zien als een instrument van ordening door de overheid. Empirische analyse van privaatrecht (in Nederland thans beter bekend onder de naam 'civilologie'), waarin de vraag naar de werking van een regel centraal staat,¹² past daar goed bij: alleen indien een regel een hoger doel heeft, is het immers zinvol om zich af te vragen of dat doel wordt bereikt. Is dat niet het geval, dan is dat voor de civiloloog een aanwijzing dat de regel niet voldoet. Maar elke privatist weet dat nu juist het privaatrecht in sterke mate aansluit bij maatschappelijke normen. Wat redelijk en billijk is en wat in het maatschappelijk verkeer betaamt worden niet voor niets als de fundamentele normen van ons overeenkomsten- en aansprakelijkheidsrecht beschouwd. De gedachte dat privaatrecht in de eerste plaats een systeem van normen is over wat in rechte behoort, en niet primair bestaat uit instrumenten om externe doelen te bereiken, dreigt ook bij ons op de achtergrond te geraken. Dat privaatrecht vooral een normatief systeem is wordt in *New Private Law* daarom terecht benadrukt.¹³ Ik voeg er aan toe dat hiermee ook de functie van de dogmatische benadering helderder wordt: werk aan het doctrinaire systeem is onontbeerlijk omdat het ons informeert over de normen die tussen individuen hebben te gelden.¹⁴ Anders gezegd: de rechtsdogmatiek articuleert wat in rechte behoort. Dat past bij de huidige praktijk waarin ook de rechter te rade gaat bij het rechtssysteem en waarin de advocaat datzelfde systeem gebruikt om zijn cliënt te adviseren.

Wie, zoals de *New Private Law*-beweging dat doet, de nadruk legt op de normativiteit van het privaatrecht, moet ook de premisse van de civilologie verwerpen dat recht primair functioneert omdat het consequenties verbindt aan gedrag. Om een voorbeeld te geven: voor de civiloloog ligt het bestaansrecht van de mogelijkheid van executoriale verkoop van goederen bij niet-nakoming in de stimulans die hiervan uitgaat op debiteuren om wél na te komen.¹⁵ Maar Stephen Smith heeft er terecht op gewezen dat voor die veronderstelling geen empirische basis bestaat: het kan ook heel goed zijn dat burgers regels volgen omdat zij gehoorzaam willen zijn aan

het recht, zonder ook maar een moment te denken aan welke gevolgen het niet volgen van de regel mogelijk heeft.¹⁶

Het signaleren van de opkomst van *New Private Law* is echter niet alleen belangrijk omdat de beweging de normativiteit van het privaatrecht benadrukt. Het is ook belangrijk omdat zij het Amerikaanse privaatrecht dichterbij de discussie in Europa brengt. Het is lang geleden dat het voor een jurist die geïnteresseerd is in het positieve recht de moeite loonde om kennis te nemen van Amerikaanse tijdschriften. De artikelen die zijn opgenomen in de genoemde speciale aflevering van de *Harvard Law Review* gaan echter gewoon over aansprakelijkheids- en goederenrecht. Jammer is dan weer wel dat in die bijdragen weinig aandacht bestaat voor de ontwikkelingen in Europa. Dat valt te betreuren omdat het programma van *New Private Law* in sterke mate lijkt op wat bij ons de traditionele doctrinaire benadering is. Het zou goed zijn als dat ook in de VS wordt erkend.

Prof. dr. J.M. Smits*

11. Goldberg, o.c., p. 1656: 'The New Private Law promises forms of scholarship that genuinely bridge theory and practice, giving each its due.'
12. Zie het indrukwekkende A.J. Verheij, W.H. van Boom & I. Giesen, *Capita Civilologie: Handboek Empirie en privaatrecht*, Den Haag 2013.
13. Ik heb die nadruk eerder gelegd in *Omstreden rechtswetenschap*, o.c., p. 70 v.
14. Naast andere functies van doctrine: zie J.M. Smits, The aims and methods of doctrinal legal research, in: Rob van Gestel e.a. (red.), *Rethinking Legal Scholarship*, Cambridge 2016 (te verschijnen).
15. Zie voor dit voorbeeld: Stephen A. Smith, The Normativity of Private Law, *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), p. 215-242, op p. 218.
16. Smith 2011, 216: 'Citizens sometimes do what legal rules stipulate simply because they are legal rules and not because of the incentives that the law offers for compliance.'

* Hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht, vaste medewerker van het WPNR. (jan.smits@maastrichtuniversity.nl)